

QUESTÕES AINDA CONTROVERTIDAS SOBRE A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO PENAL

EUSTÁQUIO SILVEIRA

Juiz do Tribunal Federal da 1ª Região

1 - ÁREA DE ABRANGÊNCIA

A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que entrou em vigor sessenta dias após a sua publicação, instituiu, no seu art. 89, um novo instituto processual, com efeito penal, qual seja, a *suspensão do processo*.

Assim é que admitiu, o legislador, que, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não pela Lei em questão, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

A primeira constatação que se faz é que o novo instituto se aplica não só às infrações de menor potencial ofensivo, que a Lei definiu como sendo as contravenções e os crimes cuja pena máxima cominada não seja superior a um ano, vez que foi utilizada a expressão *abrangidas ou não por esta Lei*. Apesar do erro de redação, não há qualquer dúvida de que o legislador pretendeu se referir a *crimes abrangidos ou não por esta Lei*. Assim sendo, a suspensão do processo é aplicável também a outros crimes, desde que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano.

Imaginemos o crime de contrabando ou descaminho, previsto no art. 334 do Código Penal brasileiro. A pena mínima cominada é de um ano de reclusão. Portanto, apesar de não se enquadrar na definição de infração de menor potencial ofensivo, porque a sua pena máxima - quatro anos - ultrapassa o máximo de um ano, tal espécie de delito possibilita a suspensão do processo, desde que preenchidos os demais requisitos para a concessão desse benefício.

Outra conclusão, que nos parece lógica, é a de que a suspensão do processo não se aplica somente aos crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais. Isso nos soa evidente, ou a Lei não se referiria a crimes em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, sabendo-se que as infrações de competência dos Juizados Especiais são apenas as contravenções e os crimes cuja pena máxima não ultrapase a um ano. O exemplo dado do contrabando ou descaminho é significativo. A pena máxima é superior a um ano, portanto não se trata de crime de menor potencial ofensivo e está fora da competência dos Juizados Especiais. No entanto, a pena mínima cominada não é superior a um ano, o que possibilita, como já afirmamos, a aplicação da suspensão do processo.

Além disso, o dispositivo que trata da matéria está inserido nas disposições finais da Lei, que não cuidam dos Juizados Especiais, mas de normas genéricas de direito penal e processual penal.

Luiz Flávio Gomes, ilustre magistrado paulista, afirma categoricamente que: *As Justiças Federal, Militar e Eleitoral não*

terão juizado especial (CF, art. 98, I). Isso, no entanto, não impede que seus juízes apliquem os dispositivos penais da nova lei (Suspensão condicional do Processo Penal, Ed. Rev. dos Tribunais, 1995).

No mesmo sentido, afirma Doorgal Gustavo B. de Andrada, na sua obra *A Suspensão Condicional do Processo Penal*, Ed. Del Rey, 1996: *Como a aplicação do instituto da suspensão independe do Juizado Especial, todas as instâncias das Justiças Comum Estadual e Federal, Eleitoral e Militar homologarão a transação.*

Também a Comissão Nacional de Interpretação da Lei em questão, composta de laureados juristas, entre os quais os eminentes Ministros Sálvio de Figueiredo e Fontes de Alencar, Desembargadores Weber Martins, Fátima Nancy e Sidnei Beneti, professores Ada Pellegrini Grinover e Rogério Lauria Tucci, além do já citado Luiz Flávio Gomes, chegou à conclusão de que todos os três institutos penais criados (composição civil, aplicação imediata de pena não restritiva de liberdade, suspensão do processo), e mais a necessidade da representação nos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa, aplicam-se nos juízos comuns (estadual e federal), militar e eleitoral.

Na verdade, cuidando, o instituto, de matéria processual, mas tendo, também, o seu lado penal, vez que há a possibilidade de se decretar a extinção da punibilidade, não pode deixar de ser aplicado em qualquer juízo ou tribunal, se ocorrente a hipótese de crime cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano.

Dessa forma, conclui-se que a suspensão do processo aplica-se em qualquer Juízo, comum ou especial, estadual ou federal, de qualquer instância, e não só aos Juizados Especiais.

2 - NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO

A suspensão do processo tem natureza processual, mas também penal. Exatamente porque, mediante a aplicação desse novo instituto, suspende-se a marcha processual e uma vez cumprido o

período de prova, extingue-se a punibilidade, ou seja, o direito de punir do Estado diante da ocorrência de um fato delituoso.

Conseqüentemente, a norma que prevê a suspensão tem aplicação imediata e também retroativa, já que se trata de lei mais favorável ao réu. De maneira que abrange inclusive os processos em andamento e mesmo aqueles que se encontram em grau de recurso. O limite é apenas a coisa julgada, pois não se poderia cogitar de suspender aquilo que não mais existe, ou seja, o processo.

Por outro lado, o art. 90 da Lei, ao prescrever a não aplicação dos seus dispositivos aos processos penais cuja instrução já estiver sido iniciada, não alcança o benefício em tela, nem aqueles outros que constituem medidas penais despenalizadoras. Na verdade, cuida, o artigo, de matéria estritamente processual.

3 - ASPECTOS DISTINTIVOS DO SURSIS

Apesar da denominação dada pelo insigne professor Damásio E. de Jesus ao novo instituto - de *sursis* processual -, inúmeras diferenças existem entre este e a suspensão condicional da pena.

A primeira delas - e talvez a mais importante - está assentada no fato de que, no *sursis*, já existe uma condenação, uma imposição de pena, que deixará de ser executada mediante algumas condições e durante um período determinado de tempo, ao cabo do qual poderá vir a ser extinta a pena. Na suspensão do processo, não existe pena aplicada, poderá sequer haver instrução, e o que se extingue, logicamente, não é a pena, mas a punibilidade, se, passado o período de prova, não tiver havido a revogação.

Além disso, na suspensão do processo, o que há é uma mitigação do princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal. O Ministério Público, titular da ação, diante da hipótese prescrita na Lei, não é obrigado a prosseguir com o processo e a perseguir uma condenação. Já no *sursis*, o que se suspende é a execução da pena e não o processo.

Há outras diferenças, valendo registrar, entre elas, a que se refere aos efeitos da concessão. No *sursis*, terminado o período de prova sem revogação, existiu, contudo, uma pena condenatória e o réu, por isso, perdeu a sua condição de primário. Seu nome será lançado no rol dos culpados, sendo que esse registro valerá para a reincidência. Ademais, pagará as custas do processo. Ou seja: a pena restritiva de liberdade foi substituída, mas os efeitos da condenação persistem.

Na suspensão do processo, uma vez extinta a punibilidade, o réu permanece primário, é como tudo aquilo não tivesse acontecido. Seu nome não constará do rol dos culpados, não pagará as custas e nem se registrará antecedentes criminais.

Vale registrar aqui que a norma prevista no § 4º do art. 76 não é aplicável à suspensão condicional do processo, pois não se deve admitir a analogia em prejuízo do réu. Assim sendo, não haverá, no caso de suspensão, qualquer registro, mesmo para impedir novamente o benefício no prazo de cinco anos.

Acreditamos até que a lógica que funcionou foi a seguinte: se de antemão já se pode vislumbrar que o réu terá direito ao *sursis*, sabendo-se, inclusive, que raramente as suas condições são de fato fiscalizadas, por que não se adiantar o cumprimento dessas condições e se evitar um processo moroso e caro?

Desse modo, embora o *sursis* tenha servido de inspiração para a criação da suspensão condicional do processo, esses institutos não se confundem.

4 - DIREITO SUBJETIVO DO RÉU

A suspensão do processo é direito subjetivo do réu?

O art. 89 da Lei fala que o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, estabelecendo, em seguida, os requisitos para o benefício: *desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).*

O eminente magistrado federal, Alexandre Vidigal de Oliveira, comentando sobre os aspectos relevantes da suspensão condicional do processo (*in* RJ 222/146), entende que essa facultatividade atribuída ao Ministério Público é de constitucionalidade questionável, por instaurar discricionarismo quanto a instituto penal de extinção da punibilidade, podendo resultar na possibilidade de tratamento diferenciado aos acusados que se encontrem em idêntica situação, com o grave risco de se constatar flagrante violação ao princípio constitucional da isonomia. Parece-nos estar o ilustre autor muito próximo da verdade, senão absolutamente correto.

Apesar da expressão *poderá*, utilizada no texto da lei, acreditamos que o Ministério Público tem o poder-dever de, uma vez preenchidos os requisitos previstos legalmente, propor a suspensão do processo. Se não o fizer, estará agindo ilegalmente, podendo, então, a sua omissão ser suprida pelo Poder Judiciário, a pedido do réu. O que se concedeu ao Ministério Público, na verdade, foi a chamada *oportunidade regrada*, isto é, o *Parquet* dispõe da ação penal na forma que lhe autoriza a lei. *Presentes os requisitos legais, tem que atuar em favor da via alternativa eleita pelo legislador. Não é o Ministério Público o detentor dessa política. Ele a cumpre. Assim como a cumpre o juiz. O ratio legis, portanto, reside na conquista de finalidades públicas supremas (desburocratização, despenalização, reparação, ressocialização, etc.), não no incremento de poderes para uma outra instituição, conforme ensina Luiz Flávio Gomes.*

Assim sendo, concluímos que a suspensão é direito subjetivo do réu, tendo o Ministério Público o poder-dever de propô-la, caso estejam presentes os pressupostos que a autorizam.

Aliás, a já mencionada Comissão Nacional de Interpretação da Lei nº 9.099/95, na décima terceira conclusão, chegou a afirmar que *se o Ministério Público não oferecer proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo nos termos dos arts. 79 e 89, poderá o juiz fazê-lo.*

Data maxima venia, entendemos que o juiz não deva agir de ofício, mas se o Ministério Público não fizer a proposta e a

suspensão for requerida pelo acusado, o magistrado haverá de decidir, embora a sua decisão se sujeite a recurso.

5 - CABIMENTO

Conforme já ficou dito, a suspensão do processo cabe em todos os crimes cuja pena mínima cominada for igual ou superior a um ano. Mas, o que servirá de baliza para se saber de qual crime se está cuidando? O fato descrito na denúncia, cuja qualificação jurídica será dada pelo juiz? A capitulação contida nessa mesma denúncia?

Acreditamos que, a princípio, o que servirá de base será a capitulação dada pelo Ministério Público ao oferecer a denúncia. Contudo, se o representante do *Parquet* age equivocadamente, ou até mesmo arbitrariamente, prejudicando o réu, qualificando o fato descrito como um crime que não admite a suspensão, quando, na verdade, trata-se de um tipo penal suscetível ao benefício, o juiz deve intervir, recebendo a denúncia com a capitulação correta, de modo a permitir a aplicação da medida.

É verdade que até agora ao juiz não se impunha o dever de fundamentar o recebimento da denúncia, considerando-se que o réu se defende do fato que lhe é imputado e não da capitulação contida na peça inaugural da ação penal. Todavia, diante da nova realidade criada pela Lei, parece-nos indeclinável a necessidade de o juiz se pronunciar, quando ocorre a hipótese aventada, sob pena de se impor um sacrifício ao direito subjetivo do réu.

E se, ultrapassada essa fase sem a suspensão, o juiz, na sentença, vier a desclassificar, o tipo penal para outro que admite a medida? Também nesse caso, deverá ser dada oportunidade de se suspender o processo, se possível, mesmo antes do proferimento da sentença.

Quanto ao crime tentado, as opiniões ainda divergem. Pensamos que, nesse caso, para se saber qual é a pena mínima, deve ser levada em conta a diminuição obrigatória, no seu percentual máximo, ou seja, dois terços. Do mesmo modo, devem ser consideradas as causas obrigatórias de aumento de pena.

No que se refere ao concurso material, entendemos que deva ser considerada a soma da pena mínima de cada um dos crimes. Não se poderá suspender o processo em relação a um dos crimes, porque a pena mínima não é superior a um ano, e prosseguir em relação àqueles cuja pena mínima ultrapasse esse limite.

O que se deve ter em mente é que a suspensão do processo, finalisticamente, tem como objetivos evitar a aplicação de penas de curta duração, a reparação dos danos e a desburocratização da Justiça. Assim sendo, se, no crime tentado, a pena, que fosse aplicada concretamente, teria que ser diminuída forçosamente, não há como não se considerar tal fato antecipadamente. Do mesmo modo, acontece com os aumentos de pena. Por exemplo: o delito de estelionato simples admite a suspensão, porque a pena mínima é de um ano; no entanto, o estelionato cometido contra entidade pública não admitirá o benefício, uma vez que, nesse caso, a pena deverá ser aumentada de um terço, na conformidade com o § 3º do art. 171 do Código Penal.

6 - CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA

De início, não foram poucas as vozes que chegaram a levantar a questão da inconstitucionalidade da medida. Segundo se disse, haveria violação ao princípio insculpido no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, segundo o qual *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença pena condenatória*. Parece-nos, todavia, que a suspensão condicional do processo não interfere com essa *presunção de não culpabilidade*,

Contudo, na suspensão do processo, não há violação possível, tendo em vista que o réu não é considerado culpado, não cumpre pena, senão condições. Na verdade, o réu não contesta a acusação, mas também não assume culpa (*nolo contendere*). Além disso, não existe qualquer obrigação legal de que ele aceite o benefício, podendo recusá-lo, quando, então, o processo prosseguirá normalmente. O instituto deriva, sem dúvida, da autonomia da vontade do acusado, que escolhe a estratégia de defesa que mais lhe convier.

7 - PROCESSOS NO TRIBUNAL

Os processos que se encontram nos tribunais, em grau de recurso, que se enquadrem na possibilidade da suspensão, devem ser baixados à instância de origem a fim de que o Ministério Público se manifeste sobre a proposta. Havendo aceitação por parte do réu e seu defensor, o juiz fixará as condições e suspenderá o processo, procedendo, em seguida, a fiscalização até o termo final do prazo estipulado. Não havendo revogação, os autos serão devolvidos ao Tribunal, que decretará a extinção da punibilidade em decisão colegiada.

Essa é a melhor forma e que atende à simplicidade e celeridade da medida. O Ministério Público que atua perante a primeira instância é que está preparado para avaliar as conveniências da proposta, o mesmo acontecendo com o juízo do processo, no que tange ao deferimento da suspensão, às condições a ser impostas e à fiscalização.

Se a suspensão for deferida pelo próprio tribunal, a decisão não deve ser tomada monocraticamente pelo relator, mas pelo órgão competente para o julgamento do recurso.

8 - RECURSO CONTRA A DECISÃO QUE DEFERE A SUSPENSÃO DO PROCESSO

A decisão que defere a suspensão condicional do processo está sujeita a recurso. Mas, qual recurso?

O art. 581 do CPP arrola as hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito. Evidentemente, entre elas, não se inclui a decisão que defere a suspensão condicional do processo, até porque trata-se de instituto novo. E nem se pode equipará-la com a decisão que concede, nega ou revoga a suspensão condicional da pena.

Por outro lado, a sugestão de se enquadrar no inc. XVI (que ordena a suspensão do processo, em virtude de questão prejudicial) é absolutamente equivocada. Não se trata aqui de

suspender o processo para aguardar a decisão, no cível, de questão referente ao estado civil das pessoas ou de outra questão de que dependa a decisão sobre a existência da infração.

Segundo os melhores doutrinadores, o rol do art. 581 do CPP é taxativo, não admitindo ampliação e, muito menos, aplicação analógica. Então, o recurso em sentido estrito não é o adequado para o caso.

Pensamos que o recurso cabível é o de apelação, nos termos do art. 593, II, do CPP, de vez que, na verdade, cuida-se de uma decisão com força de definitiva, que não é absolvição nem condenação. Aliás, conforme já decidiu o TACrSP (RT 541/401), não estando a hipótese prevista expressamente entre as atacáveis pelo recurso específico previsto no art. 581 do CPP, cabível é o recurso genérico da apelação (anotação de Damásio de Jesus).

De qualquer sorte, interposto que seja o recurso em sentido estrito, o tribunal deve conhecê-lo como apelação, aplicando o princípio de fungibilidade, até porque não se pode - pelo menos a essa altura das divergências doutrinárias - entender a interposição de um recurso por outro como erro grosseiro.